

RECURSO ESPECIAL — VISÃO GERAL

Francisco Cláudio de Almeida Santos

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO: I. Antecedentes. Criação do Superior Tribunal de Justiça e do Recurso Especial. II. Conceituação e Finalidades. III. Direito Comparado. IV. Pressupostos Constitucionais do Recurso Especial. V. Prequestionamento. VI. Procedimento.

I. Antecedentes. Criação do Superior Tribunal de Justiça e do Recurso Especial

Despontou o recurso especial, no Brasil, em virtude da chamada “crise do recurso extraordinário”, na verdade, de acordo com a observação do Ministro MOREIRA ALVES, responsável pelo que “se convencionou denominar a crise do Supremo Tribunal Federal”.⁽¹⁾

Realmente, nas últimas décadas, crescia em proporções elevadíssimas o número de recursos extraordinários, fato registrado nos relatórios da Suprema Corte e em análise de seus próprios ministros, dentre os quais Aliomar Baleeiro,⁽²⁾ e Oscar Dias Corrêa,⁽³⁾ além de

(1) Moreira Alves, ‘O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição — questões e perspectivas’ in *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano 41, nº 173, Brasília, Fundação Petrônio Portella, julho/setembro de 1988, págs. 35/47.

(2) Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, Rio, Forense, 1968, p. 100.

(3) Oscar Dias Corrêa, *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil*, Rio, Forense, 1987.

testemunhado, em vários escritos, por Alcides de Mendonça Lima, José Guilherme Villela e Roberto Rosas.

Os recursos extraordinários, em número de cerca de 17, até 1950, isto é, nos primeiros sessenta anos de atividade do Supremo na República, e em número de aproximadamente 60, no final de 1965, saltaram para quase 120 em números gerais, no final de 1988, segundo os registros citados e outras fontes.

As razões desse crescimento são fáceis de detectar: o crescimento demográfico, constante, a industrialização do País, a partir da década de 1960, o desenvolvimento econômico em todos os setores de 1965 a seguir, salientando-se a reforma bancária, a criação do mercado de títulos e valores mobiliários e a melhoria do sistema de comunicações do País.

Várias foram as tentativas de conter o acúmulo de trabalho, ano a ano, a prejudicar, cada vez mais intensamente, a atividade jurisdicional da Suprema Corte do País, desde a reforma constitucional de 1926 — que não passou de tentativa —, quando se pretendeu limitar as amplas possibilidades de cabimento do recurso para o S.T.F., previsto nominadamente, na primeira Constituição republicana, ainda que na reforma não figurasse o recurso com base em dissídio jurisprudencial. Com efeito, a reforma de 1926 propôs alteração com o sentido de restringir o extraordinário às hipóteses de questionamento sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição, excluindo-se, assim, a errônea aplicação da lei. Teria, dessa forma, o recurso extraordinário uma função de defensor da inteireza constitucional. Mas, a proposta, como disse, não se materializou.

Contribuições doutrinárias para resolver a crise não faltaram, desde FILADELFO DE AZEVEDO a BUZAID, JOSÉ AFONSO DA SILVA, LUIZ GALLOTTI, CANDIDO MOTA FILHO, VICTOR NUNES LEAL e, de outros, mais recentemente, como JOSÉ ANHAIA MELLO e MIGUEL REALE, inclusive, com a sugestão de criação de um Tribunal Constitucional, à moda européia.

As soluções, entretanto, foram outras. A primeira, através da Lei nº 3.396, de 1958, a exigir a fundamentação da decisão do Presidente do Tribunal a quo, de admissão do recurso extraordinário, medida justa por ser a motivação das decisões garantia do estado de direito (antes, exigida era a fundamentação, apenas, da decisão de inadmissão); posteriormente, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, permitiu restrições ao cabimento do extraordinário quando interposto com fundamento nas letras a e d, do inciso III, do art. 119 da Cons-

tuição; o Regimento Interno do S.T.F., de 15.10.70, estabeleceu vários obstáculos ao recurso, ampliados com a Emenda Regimental nº 3, de 1975, contrabalançados pela criação da "argüição de relevância", estabelecida a nível constitucional, posteriormente, na E.C. nº 7, de 1977; o R.I. em vigor, de 15.10.80, com as alterações aprovadas depois, alinhou novos empecilhos e a Emenda Regimental nº 2, de 1985, deixou de elencar as causas em que não era cabível o recurso extraordinário para enumerar taxativamente as hipóteses de matéria infraconstitucional em que era o recurso admissível, no conhecido rol do art. 325 do RISTF.

A reação não demorou e, tanto a Comissão dos Notáveis como a maioria esmagadora dos Constituintes de 1988, atendendo aos anseios dos advogados, inconformados com as rigorosas limitações do recurso extraordinário, optaram pelo desdobramento do apelo extremo e pela criação de um novo tribunal superior, acolhendo idéia de JOSÉ AFONSO DA SILVA, exposta em sua clássica obra sobre o recurso extraordinário ⁽⁴⁾, escrita há mais de 25 anos e, de LEVY CARNEIRO, FREDERICO MARQUES, SEABRA FAGUNDES, MIGUEL REALE, ALFREDO BUZAID, THEOTÔNIO NEGRÃO, ALIOMAR BALEEIRO e, antes de todos, JORGE LAFAYATTG, conforme testificação do Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, em conferência recente, quando não era essa a expectativa do Supremo Tribunal Federal, nem do extinto Tribunal Federal de Recursos, que, segundo declarações de alguns de seus integrantes, prefeririam a instituição de um Tribunal Superior Federal e não do Superior Tribunal de Justiça.

Criado e instalado está, porém, o S.T.J., assim como instituído está o recurso especial, da competência daquele, previsto na Lei Fundamental, em art. 105, inciso III, alíneas a, b e c, do seguinte teor: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: ...julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".

(4) José Afonso da Silva, *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1963.

II. *Conceituação e Finalidades*

O recurso especial é um recurso constitucional porque não instituído na legislação processual ordinária, mas na Lei Maior, além de excepcional ou não ordinário, na medida em que são ordinários os recursos a comportar exame de fato e de direito, nas plataformas do duplo grau de jurisdição, e excepcionais os recursos em questão de direito (extraordinário e especial), exclusivamente, a projetar a causa para fora da dupla instância, quando for o caso. Não é um recurso de terceiro grau de jurisdição, existente em nosso sistema, pois, não basta a sucumbência da parte, para legitimá-la; é preciso mais, ou seja, o preenchimento de um dos requisitos constitucionais ou causa para que o recurso possa ser interposto.

É o recurso cabível para o Superior Tribunal de Justiça e tem ele uma dúplici finalidade: uma pública e outra privada. É público seu fim, tendo em vista sua função de provocar o S.T.J., ao lado do Supremo, este em nível de filactério constitucional, tribunal superior, que é órgão garantidor da aplicação do direito positivo, na sua exatidão, do respeito pela autoridade da lei federal, e da harmonia de interpretação da lei, de forma a evitar as decisões conflitantes dos tribunais de apelação, na sua labuta jurisdicional.

Essa finalidade é evidenciada, pois, pela função exercida pelo recurso especial no sentido de garantir a inteireza positiva da lei (alínea a), a sua autoridade (alínea b) e sua uniformidade de interpretação (alínea c), para usar as expressões consagradas por PONTES DE MIRANDA, a respeito do extraordinário.

A primeira dessas finalidades é, portanto, a defesa do direito objetivo e a unificação da jurisprudência, como ensina PIERO CALAMANDREI, em sua celeberrima obra "*A Cassação Civil*" (5). É a correta aplicação da lei nas decisões judiciais, com a qual se busca a segurança jurídica e a igualdade dos cidadãos diante da lei, assim como a defesa da supremacia do órgão legislativo, consoante a visão do mestre italiano. A função decorrente desse objetivo define o caráter político do recurso e sua natureza constitucional, de acordo com as observações de ENRIQUE VESCOVI (6), e essa mesma função é chamada por CALAMANDREI de "função nomofilática"

(5) Piero Calamandrei, *La cassazione civile*, Milano Torino Roma, Fratelli Bocca Editori, 1920.

(6) Enrique Vescovi, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en iberoamérica*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1988.

("nomofilaquia", em italiano), palavra derivada dos vocábulos gregos *nomos* e *phyláссо*, a significar, respectivamente, lei e guarda, em vernáculo.

O outro fim, que, para JAIME GUASP, é o único, pois, segundo ele, nenhum instituto processual tem índole predominante política, corresponde à função que JUAN CARLOS HITTERS ⁽⁷⁾ denomina de "dikelógica", isto é, de fazer justiça do caso concreto, aparecendo, destarte, o recurso como meio impugnativo da parte para reparar um agravo a direito seu, ainda que a decisão contenha em si algo mais grave, qual seja a contravenção da lei. Sem dúvida, essa é uma finalidade indisfarçável, visto sem a ofensa a direito da parte não poderia esta sequer recorrer, já que não há no Brasil o recurso de cassação, no interesse da lei, como na França, de iniciativa do Ministério Público.

A finalidade principal do recurso especial é, porém, a primeira, de preservação da ordem pública, de modo particular, neste recurso, das normas infraconstitucionais. Daí por que não se compreende o recurso especial por motivo ou questão de fato. Nos recursos ordinários, como na apelação, prepondera o interesse individual das partes, donde admitir-se a ampla discussão da questão de fato e de direito, enquanto que, no recurso especial, assim como no nosso extraordinário, ainda que àquele interesse individual os condicione, predomina o interesse superior da legalidade.

III. *Direito Comparado*

Antes de prosseguir, gostaria de fazer uma breve incursão no campo do direito comparado, não só para uma apreciação do instituto no direito alienígena, sempre útil na fase de sedimentação do recurso especial, em nosso direito processual, como para tentar demonstrar a necessidade de desfilhar o recurso especial do "writ of error" do direito americano, fonte única do recurso extraordinário, segundo maioria maciça dos doutrinadores, e perfilhá-lo na estirpe do recurso de cassação. A troca creio encontrar respaldo na consciência brasileira de fazer com que as leis do País sejam cumpridas, bem assim na intenção do legislador constituinte de criar instrumentos para fazer valer a norma escrita (exemplo a ação direta de in-

(7) Juan Carlos Hitters, *Técnica de los recursos extraordinários y de la cassación*, La Plata, 1984.

constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção) e se outra utilidade não tiver servirá, pelo menos, para desmistificar a idéia de que o recurso extraordinário (e agora o especial) é essencial ao regime federativo, como, dentre outros, a defendem CARLOS MAXIMILIANO, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA e ROBERTO ROSAS, contrariando opinião de CASTRO NUNES e PONTES DE MIRANDA⁽⁸⁾; e, quem sabe, melhor explicar o tão abominado prequestionamento.

O recurso de cassação, denominação do similar do especial em muitos países, tem origens remotíssimas no direito romano. Efetivamente, é de lá que emanam algumas idéias básicas a orientar a cassação, tal como a distinção do tempo do Império entre o *jus constitutionis* e o *jus litigatoris* e a velha *querela nulitatis*, ainda que, em Roma, jamais existisse o meio impugnativo sob a forma do recurso atual.

Fonte ainda distante encontra-se no direito francês, como um recurso instituído pelo rei ou príncipe com o fim de submeter a seu controle as decisões dos parlamentos (tribunais judiciais).⁽⁹⁾

Posteriormente, com a divisão do “*Conseil du Roi*”, na França, em “*Conseil des Parties*”, competente para os assuntos judiciais, e “*Conseil d’Etat*”, competente para assuntos políticos, nasceu o recurso de cassação em defesa do poder e das prerrogativas reais, disciplinado em regulamento de 1738.

O instrumento foi revivificado pela Revolução Francesa, transmutado o recurso em escudo da lei, ao mesmo tempo em que era criado o Tribunal de Cassação, por decreto de novembro de 1790, órgão político, vinculado ao Poder Legislativo, mas, cedo, transformado em órgão jurisdicional, de cúpula do sistema francês, sob a denominação de Corte de Cassação. A Cassação moderna surgiu, pois, há duzentos anos, fruto do ideário revolucionário, dos anseios de igualdade e do culto à legalidade, sustentáculo dos estados de direito que vieram a estruturar-se, de lá para cá.

Característica própria do recurso de cassação francês é o reenvio, ou seja, o tribunal superior apenas cassa a decisão colegiada do tribunal de segunda instância, remetendo os autos a outro tribunal

(8) Alcides de Mendonça Lima, ‘A evolução da competência do Supremo Tribunal Federal’, in *Revista de informação legislativa*, do Senado Federal, ano 16, nº 63, págs. 69/88.

(9) Piero Calamandrei, obra citada.

símile para livremente solucionar a questão, de acordo com a decisão da Corte, cabendo novo recurso. Nele, a Corte de Cassação profere nova decisão cassatória e, nesta outra oportunidade, pronunciamiento cabível no *judicium rescissorium*. Em muitos países, adota-se o mesmo procedimento da limitação do recurso ao *judicium rescindens*, em uma primeira oportunidade.

Na Itália, o recurso tem a mesma conceituação, porém não se dá o reenvio se a anulação da decisão produz-se por incompetência absoluta, abuso de poder ou na hipótese de recurso no interesse da lei.

Na Espanha, onde o recurso de cassação teve desenvolvimento autóctone, tutelada, além da lei, é a doutrina legal, extensão, entre nós, defendida por SÉRGIO BERMUDEZ, no concernente ao recurso extraordinário, quanto à guarda do espírito da Constituição. Não existe o reenvio, no recurso espanhol, quando a sentença é cassada por *error in judicando* (questão de fundo), mas apenas quando a desconstituição se dá por *error in procedendo* (questão de forma), ou quebrantamento de norma processual, como dizem os ibéricos.

Na Alemanha, a cassação germânica não adota o reenvio, salvo, naturalmente, quando o processo é anulado, como, aliás, neste caso, na generalidade dos sistemas judiciários, devolvendo-se os autos para o mesmo Tribunal recorrido.

Na América Latina, o recurso existe em muitos países, sendo pioneira a proposta de Simon Bolívar para instituir a cassação, em 1817, com um projeto de Constituição para a atual Venezuela, onde era organizada uma Alta Corte de Justiça, com uma Sala de Apelação e outra de Cassação.

Há ainda o recurso de cassação na Colômbia, na Guatemala, no Uruguai, em Cuba, dentre outros.

No México, o recurso surge como uma das formas do recurso de amparo, que é similar de nosso mandado de segurança contra ato judicial, *in casu*. No Brasil e na Argentina, cujas mais elevadas Cortes se estruturaram e desenvolveram sob o influxo das idéias dominantes no federalismo americano, o recurso assemelhado recebeu a denominação de extraordinário. De notar que algumas Províncias argentinas adotam o recurso de cassação em suas Cortes Superiores Provinciais.

Só agora, finalmente, sem prejuízo do extraordinário, como meio corretivo da contrariedade à Constituição, exsurge a cassação brasileira, ou o recurso especial estabelecido no art. 105, III, da

Constituição. Uma de suas peculiaridades, assim como do atual recurso extraordinário, ao contrário do que acontece em quase todos os países do mundo, é a não seletividade das causas, porque entendeu o Constituinte de 1988 serem relevantes todas as questões. Penso que o princípio é revelador de desprestígio dos tribunais federais e federais em geral, e talvez provoque, no futuro, uma carga de trabalho impossível de ser suportada, em especial, no S.T.J.

IV. *Pressupostos Constitucionais do Recurso Especial*

O recurso especial, por ser veículo de impugnação recursal, além do duplo grau de jurisdição, é cercado de algumas formalidades e seus pressupostos estão taxativamente enumerados na Carta Política do País, no art. 105, inciso III, antes reproduzido, sem embargo dos pressupostos processuais a que os postulantes se submetem no processo.

Da releitura do permissivo constitucional, constata-se que um dos requisitos do especial é a existência de uma **causa decidida** e julgada por um dos tribunais de **apelação** do País, assim denominados os tribunais do segundo grau de jurisdição, federais ou estaduais, de Justiça, de Alçada ou de Justiça Militar estadual, em única ou última instância e mais quando a decisão recorrida tiver enfrentado uma das questões arroladas nas letras a, b e c do mencionado inciso; ou seja, uma das **questões federais**, como comumente chamadas, **infraconstitucionais**, determinadas.

A expressão **causa**, segundo os doutos, deve ser entendida em sentido amplo, por significar qualquer procedimento judicial inclusive os procedimentos de jurisdição voluntária. Devo observar, entretanto, que nesse conceito não se incluem os processos meramente administrativos, como o processamento do precatório ou a dúvida prevista na legislação de registro público. Quanto à última questão o Supremo, por sua 2ª Turma, rel. Min. DÉCIO MIRANDA, no RE 85.606-4-RJ, decidiu: "Se não houver contraditório entre as partes interessadas, mas apenas entre o requerente e o serventuário, a espécie não configura uma "causa", na acepção constitucional, a ensejar recurso extraordinário. O que está em jogo é apenas a regularidade formal do ato administrativo, resguardada pelo serventuário e pelo juiz e Tribunal que o superintendem, mediante a sentença e o acórdão que julgaram procedente a dúvida" (DJ de 3-7-79, p. 5.153).

A causa deve estar decidida em única ou última instância, não se tolerando recurso especial de acórdão embargável (embargos infringentes) ou do qual deixou a parte vencida, por votação com discrepância, de interpor os embargos infringentes cabíveis, salvo, naturalmente, se a matéria do recurso especial estiver no âmbito da votação uniforme.

A decisão deve ser proferida por tribunais, o que poderá excluir do recurso especial as "causas cíveis de menor complexidade" e "infrações penais de menor potencial ofensivo", da competência dos "juizados especiais", de que trata o art. 98, I, da Constituição, caso os recursos ordinários das decisões prolatadas pelos juizados sejam apreciados por turmas de juizes de primeiro grau. Essa a única possibilidade de seletividade nas causas sujeitas ao recurso especial, ora vislumbrado, que, aliás, não atenta contra a sistemática adotada e a natureza conciliatória e desformalizada dos juizados especiais. Igualmente, não cabe recurso especial de sentença de Juiz Federal em causa de alçada (Lei nº 6.825, de 22.9.80).

O último pressuposto é a questão federal, definida nas alíneas do inciso III do art. 105 da Carta Magna. Compreende-se como tal somente questões de direito por infração ao texto da lei federal, de negativa de autoridade à mesma lei e de dissídio jurisprudencial na sua interpretação. Excluem-se, portanto, as questões pertinentes ao direito estadual ou municipal, ou seja, ao direito local, assim também considerada a legislação específica do Distrito Federal e dos Territórios.

A propósito desse tema, leciona PINTO FERREIRA, em artigo intitulado 'Corte Constitucional' (10): "Compreende-se por direito federal: a) todos os atos de caráter constitucional ou legislativo emanados da União, excetuadas as leis votadas para o Distrito Federal, que têm caráter local; b) todos os atos normativos emanados do Poder Executivo (decretos, regulamentos, resoluções, portarias); c) todos os tratados internacionais celebrados pelo Brasil e incorporados ao direito positivo interno; d) normas e preceitos regimentais das Casas Legislativas e Tribunais Federais; e) as leis estrangeiras aplicadas por força do direito internacional privado brasileiro se equiparam à legislação federal brasileira para o efeito de admissibilidade do recurso extraordinário (RTJ 101:1149); ...".

(10) Pinto Ferreira, 'Corte constitucional', in *Revista de informação legislativa*, do Senado Federal, ano 24, nº 95, págs. 85/116.

Entendo exageradamente extensa a relação de PINTO FERREIRA; prefiro a opinião de THEOTÔNIO NEGRÃO, advogado e especialista na matéria; para quem: "Por lei federal se entendem também o decreto e o regulamento federais, e até a lei estrangeira, quando aplicável por força de dispositivo de Direito Internacional Privado brasileiro. Não é lei federal: o regimento interno de qualquer tribunal federal; a lei destinada exclusivamente ao Distrito Federal; o ato normativo; a portaria ministerial; a resolução de autarquia; o provimento da OAB, etc." (11).

Correta a explicação, inclusive, quanto à lei estrangeira, objeto de acórdão proferido pelo Supremo no RE 93.131-MG, Relator Min. MOREIRA ALVES, em cuja ementa se lê: "A lei estrangeira, aplicada por força de dispositivo de direito internacional privado brasileiro (na espécie, o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil), se equipara à legislação federal brasileira, para efeito de admissibilidade de recurso extraordinário." (RTJ 101/1149).

Relativamente à exclusão das portarias e outros atos infralegais, trago à colação decisão do Excelso Pretório no RE 86.979-SP, Rel. Min. BILAC PINTO, onde se encontra o seguinte trecho: "A arguição de ofensa a portaria do Ministério da Fazenda não fundamenta o recurso extraordinário, uma vez que as portarias não se compreendem no conceito de lei federal (DJ de 1-6-1977). No mesmo sentido, a decisão ao AgRg no AgInstr 57.279, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO, com esta ementa, na íntegra:

"Recurso Extraordinário — Portarias Ministeriais.

I. As Portarias expedidas pelos Ministros d'Estado, facultadas pelo art. 85, II, da Constituição Federal, não se compreendem no conceito de "lei federal" do art. 119, III, "a", "b", "c" e "d", do mesmo diploma para efeito de admissão de recurso extraordinário.

II. Embora sejam, muitas vezes, um ato-regra, as Portarias Ministeriais, pelos arts. 96 a 100 do Código Tributário Nacional, incluem-se no conceito de "Legislação Tributária", quando tratam de matéria fiscal, mas como simples "Normas Complementares", que não se equiparam às leis." (RTJ 68/402).

Ainda sobre o mesmo assunto, lembro acórdão da Corte Maior no RE 113.664, da 1ª Turma, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, onde ficou assentado não se comportarem na conceituação de lei federal os convênios firmados pelos Estados e pelo Ministério da Fazenda, sobre matéria tributária (RTF 122/839), de modo a não ensejar a interposição de recurso extraordinário.

(11) Theotônio Negrão, *Técnica do recurso extraordinário no cível*, RT 602/9.

Exatamente para fins de fixação dos pressupostos do recurso especial, esclareço que o Colendo Supremo Tribunal não considera a violação da lei complementar o mesmo que ofensa à Constituição. Assim está expresso em passagem da ementa do acórdão prolatado no AgRg no AgInstr 90.741, Rel. Min. NERI DA SILVEIRA: "Não empresta nível constitucional à matéria decidida o fato de estar baseada em preceito de lei complementar. A lei complementar situa-se no plano da legislação ordinária, não assumindo hierarquia constitucional." (RTJ 112/256).

Para finalizar a apreciação geral deste tópico, destaco mais uma vez não proporcionarem recurso extraordinário as questões de fato. A questão federal é questão de direito. Entretanto, a errônea definição jurídica do fato descrito e provado na causa é considerada uma *questio juris* (Ac no RE 76.535-SP, Rel. Min. ANTONIO NEDER, DJ de 18-5-1977), assim como o direito probatório. Sobre o problema, exemplifica THEOTÔNIO NEGRÃO: "Saber se, com os elementos aceitos pelo acórdão, se está em face de uma minuta ou de um pré-contrato, de um fideicomisso ou de um usufruto, de uma venda *ad corpus* ou *ad mensuram*, se houve ou não mandato, se a hipótese é de contrato preliminar ou de locação, de depósito incidente ou de consignação em pagamento, tudo isso não é questão de fato, mas de direito. Os exemplos poderiam ser multiplicados. Até mesmo o valor legal da prova é uma *questio juris*. Assim o ônus da prova, o valor da confissão, da perícia, do documento público, das presunções e indícios, a necessidade de começo de prova por escrito, a prova nula." (12).

Dispõe a letra "a", do inciso III do permissivo constitucional, caber recurso especial quando a decisão recorrida "contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência". As constituições anteriores falavam em decisão contra a validade ou a aplicação da lei (1891), em decisão contra a letra da lei (1934 a 1937), decisão contrária à letra da lei (1946) e decisão denegatória de vigência de lei federal (1967/1969). O texto atual é mais amplo, pois não deixa dúvida quanto à violação por contrariedade e por negativa de vigência e tem a vastidão do teor de 1891. De qualquer forma, deixe-se transparente que, após o sempre citado, voto de PRATO KELLY, no RE 45.255 (RTJ 43/666), onde a expressão "negar vigência" foi considerada equivalente à locução "negar aplicação", nenhuma nuvensidade ficou sobre a interpretação do verbo constitucional. THEOTÔ-

(12) Theotônio Negrão, obra citada, p. 14.

NIO NEGRÃO também abordou a temática: "A redação não é das mais felizes (reportava-se à Constituição de 1967, com a Emenda de 1969), porque somente se nega vigência a determinada lei quando se afirma que ela não está em vigor. Não foi isso o que o texto constitucional pretendeu dizer, e sim que cabe o recurso extraordinário sempre que se nega a vigência da lei ou do tratado federal para o caso concreto. Ou, em outras palavras: — quando se aplica lei que não tem aplicação à espécie, em lugar da lei federal cabível; — quanto se dá interpretação não razoável à lei federal aplicada." (RT 602/9). ALFREDO BUZAID, igualmente, assim se pronunciou sobre o tema:

"O conceito de vigência de tratado ou lei abrange, a nosso ver, três planos: a) o da existência; b) o da validade; c) e o da eficácia. Na verdade, uma lei pode existir e não vigor. Tal é o caso da lei que ainda não entrou em vigor ou deixou de vigorar por ter sido revogada. Se o Tribunal aplica uma lei que não tem vigor, dá vida ao que não existe. Invertendo a fórmula, se o Tribunal nega vigência a uma lei que está em pleno vigor, descumpra o princípio de que a lei é feita para ser cumprida.

Por outro lado, a lei existe, mas se questiona de sua validade em face da Constituição. Figuremos o exemplo de uma lei tributária que contraria o sistema adotado pela Constituição. Embora tivesse sido votada por corpo legislativo competente e sancionada pelo chefe do Executivo, a lei é inválida, por ser avessa à Constituição. Ocorre a invalidade, ou porque a lei fere dispositivo da Constituição do Brasil, ou porque lhe contraria o espírito.

Finalmente, a lei existe, é válida, mas de todo ineficaz para compor o conflito de interesse surgido entre as partes. Este é, sem dúvida, o aspecto mais difícil do problema, cuja solução requer estudo mais profundo da causa submetida à apreciação judicial. Justamente por isso é que julgamos de bom aviso descer à análise pormenorizada do fenômeno, a fim de melhor elucidar o tema". (13)

Era e é, pois, o mais abrangente o espectro da cláusula constitucional.

Tem decidido a Corte Constitucional somente autorizar o recurso extraordinário, a decisão contrária à *Lex Fundamental* em que há "ofensa direta e frontal" ao texto constitucional (AgRg em AgInstr nº 93.155, RTJ 107/661) ou violação "direta e não por via reflexa" (RE nº 94.673, RTJ 105/704). Penso, com relação a tais recursos, não ser aconselhável dogmatizar-se a questão, como óbice jurisprudencial intransponível. E entendo ter o problema relação íntima com o denominado "prequestionamento", adiante brevemente apreciado, sobre o qual admito a ocorrência implícita.

(13) Alfredo Buzaid, *Estudos de direito*, 1, São Paulo, Saraiva, 1972, p. 190.

Trata a alínea b da validade da lei ou ato de governo local, estadual ou municipal "contestado em face da lei federal". O Min. MOREIRA ALVES, em artigo publicado no último número dos "Arquivos" do Ministério da Justiça, averba o tema de questão constitucional, porque as regras pertinentes aos conflitos de poderes, entre a União e um Estado-membro da Federação, ou relativas à autonomia municipal estão na Lei Maior, dando oportunidade de interposição de recurso extraordinário e não recurso especial. Em caso concreto (Questão de Ordem no RE nº 117.809-4-PR), bem recente, tocante à encampação de serviços de abastecimento d'água e saneamento concedidos, o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE fez a seguinte distinção: "Quando, entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta à admissão do recurso extraordinário pela letra b, do art. 102, III, da Constituição. Ao recurso especial, assim, coerentemente com a sua destinação, o que tocará é a outra hipótese, a do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira, mas apenas a compatibilidade ou não com ela, a lei federal, da norma estadual ou municipal."

De qualquer forma, cura-se de dispositivo a preservar a autoridade da lei federal em face da convivência, no mesmo território, de duas ordens estatais, uma global, como diz KELSEN, e outras parciais, na terminologia do grande jurista austríaco, e mais, entre nós, outras "locais", ou "municipais".

A alínea c do facultativo constitucional dispõe sobre o cabimento do recurso na hipótese de dissídio jurisprudencial. O dissídio deve caracterizar-se entre dois tribunais, ainda que do mesmo Estado, não se admitindo o recurso se as decisões são do mesmo tribunal (Súmula 369 do S.T.F.). Por óbvio, não serve de paradigma verbete da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo, mas as decisões que o embasaram. Do mesmo modo, não se prestam para demonstrar a divergência, as decisões embargáveis, porque o dissídio deve ser apurado entre a decisão recorrida e outra de última instância no grau ordinário de jurisdição.

O dissídio deve ser verificado se acontece no plano vertical ou horizontal, isto porque, quanto ao último, faz-se mister constatar a superação ou não da tese abraçada no acórdão paradigma. Assim já proclamou o Supremo: "Se, depois de seguir determinada orienta-

ção, o Supremo Tribunal Federal, por suas Turmas unânimes, representando a totalidade de seus juizes, adotou interpretação oposta, há de considerar-se superada a primeira. Na pior hipótese, aquele padrão ultrapassado não constitui jurisprudência predominante, do Supremo Tribunal, para afastar o obstáculo do art. 308, IV, do Regimento Interno, ao conhecimento do recurso extraordinário" (Ac. da 1ª Turma, de 15-4-75, no RE 81.097-SP). A matéria, aliás, está sumulada (Súmula nº 286).

A colisão no plano horizontal de decisão recorrida com acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal deverá ser examinada com rigor, no futuro, tendo em vista a formação da própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de superação da jurisprudência atual do Supremo, bem como, de abraçar o S.T.J. o entendimento do S.T.F. a respeito de não servir, para a demonstração da discrepância, julgado de Tribunal que perdeu a competência para conhecer da matéria, como é seu próprio caso, não mais competente para a defesa da legislação infraconstitucional ou para a função de uniformizador da jurisprudência.

A propósito da última questão, não é este meu ponto de vista. Entendo que a jurisprudência do S.T.F. continuará a ensejar o recurso especial, quando demonstrado o dissídio, ressalvado o caso de jurisprudência ultrapassada.

O dissídio jurisprudencial deve ser demonstrado analiticamente, isto é, mediante a comparação entre os fundamentos dos acórdãos e através do cotejo das conclusões colidentes.

V. *Prequestionamento*

Não vigoram, para os recursos constitucionais, os conhecidos brocardos "jura novit curia" e "da mihi factum, da bo tibi jus", próprios da jurisdição absoluta e de não-superposição, ou seja, dos juízos singulares e dos tribunais de apelação que apreciam os fatos e aplicam o direito. Os tribunais superiores, não constituindo uma terceira ou, muito menos, quarta instâncias, aplicam, apenas, o direito invocado ou somente solucionam o dissídio apontado pelas partes.

Por outro lado, foi estabelecido em criação pretoriana, com caráter impositivo, o requisito processual chamado "prequestionamento", como está no verbete 282 da Súmula: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal suscitada", reforçado pelo verbete 356. "O ponto omissis da

decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

Aclara e define a exigência, dentre outros, ALFREDO BUZAID, em passagem do voto proferido no AgRg em embargos no RE nº 96.802 (RTJ 109/299): “O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário. A idéia do prequestionamento, tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem a sua origem na Lei Judiciária (Judiciary Act) norte-americana, de 24 de setembro de 1789. Esta lei admitiu das decisões da Justiça estadual recurso para a Corte Suprema, recurso que recebeu o nome de writ of error. Cooley observa que “é essencial, para a proteção da jurisdição nacional e para prevenir conflito entre Estado e autoridade federal, que a decisão final sobre toda questão surgida com referência a ela fique com os tribunais da União; e como tais questões devem surgir freqüentemente primeiro nos tribunais dos Estados, dispôs-se pela Judiciary Act deslocar para a Corte Suprema dos Estados Unidos a decisão ou resolução final, segundo o direito ou segundo a equidade, proferida em qualquer causa pelo mais alto tribunal do Estado, onde se questiona acerca da validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou onde se questiona sobre a validade de uma lei ou de um ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna à Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável à validade; ou onde se questiona sobre algum título, direito, privilégio ou imunidade, reclamado segundo a Constituição, tratado ou lei federal ou ato feito ou autoridade exercida pelos Estados Unidos e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade, reclamado por qualquer das partes com base na Constituição, tratado, lei, ato ou autoridade” (Cf. Cooley. *A treatise of constitutional limitations*, 6ª ed., Boston, 1890, págs. 18 e 19; ver ainda: Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1915, pág. 101; Matos Peixoto, *Recurso Extraordinário*, págs. 89 e seguintes). A doutrina prevalente nos Estados Unidos é que a questão federal tenha sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado. Não basta, pois, alegá-la no writ of error. É o que ainda ensina Cooley: “Mas para autorizar a reforma sobre aquela lei (Lei Judiciária de 1789), força é que conste dos autos, ou expressamente, ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no tribunal do Estado e aí foi rejeitada” (Cooley, ob. cit., pág. 19). A doutrina bra-

sileira, invocando precisamente a seção nº 25 da Lei Judiciária, nunca hesitou em consagrar tal orientação. (Cf. Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, pág. 101; Matos Peixoto, *Recurso Extraordinário*, págs. 89 e seguintes).” BUZAID menciona, ainda, BIELSA e FERNANDO DE LA RUA, a defender o princípio de que a questão deve ter sido suscitada e apreciada no Juízo ordinário.

Têm razão os juristas americanos, na exigência translúcida e objetiva do questionamento nos Estados Unidos porque lá vigora um sistema jurídico dual, ao contrário do nosso, onde a competência para o ordenamento jurídico é concentrada na União Federal (arts. 22 e 23 da Constituição), além de existir um sistema judiciário dualista (como o nosso, mas com maior independência dos judiciários estaduais de lá) e, sobretudo, tendo em vista a verdadeira federação, criada como tal (ao contrário da nossa, instituída a partir de um Estado unitário), lá existente, a impor o absoluto respeito à autonomia interna dos Estados-federados e, por conseqüência a sua Justiça, bem assim, à referência clara feita na seção nº 25 da Lei Judiciária: “Deve ser revista pela Suprema Corte, para ser cassada ou confirmada, a decisão da mais alta corte de um dos Estados, em causa em que se questionar sobre a validade de um tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contrária à validade; ...etc.” Note-se que a decisão a versar sobre a questão federal deve partir da mais alta corte de um dos Estados, e não de qualquer tribunal, como no caso brasileiro, inclusive dos tribunais regionais federais, o que faz supor tenha o writ of error, muito mais a função de controle da federação, do que mesmo da legalidade, objeto do recurso de cassação.

O Ministro OSCAR CORRÊA, em seu trabalho sobre a Corte Constitucional brasileira atrás referido, aflora o tema, de outro ângulo, e, nas conclusões, adverte constituir a inovação na causa, em grau de jurisdição excepcional, “garantia elementar da igualdade das partes”. Realmente, a inovação constitui surpresa a atentar contra o direito à isonomia processual.

Alguns estudiosos têm tentado desconsiderar o denominado prequestionamento, sob cor de não previsto na Constituição (seja na atual, como na anterior), ao contrário de leis básicas anteriores (de 1891, 1934, 1937 e 1946). Um grupo de Procuradores de São Paulo, em artigo publicado na Revista da PGE⁽¹⁴⁾, roga o princípio geral da legalidade: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algu-

(14) Revista da PGE, jan./dez. 1987, págs. 83/132.

ma coisa senão em virtude de lei", e, com alicerce nele, já se argüiu, sem êxito, a declaração de inconstitucionalidade da Súmula nº 282.

Vejo não se tratar nem de uma coisa, nem de outra. O importante é que o tema legal tenha sido discutido, tornando-se res controversa ou res dubia, como lembram alguns acórdãos da Suprema Corte, porque, no recurso especial, é preciso apontar-se a violação legal praticada pelo Juízo a quo ou demonstrar-se o dissídio na aplicação do direito, não podendo afastar-se, de plano, a violação implícita, nem sempre aclarada nos embargos declaratórios, nem o questionamento impossível como o do litisconsorte necessário não citado, que comparece a Juízo, após a decisão de segundo grau apenas para alegar aquela nulidade ou defeito na publicação de pauta de julgamento dos tribunais, erro na contagem dos votos, etc. Igualmente, o prequestionamento em matéria de ordem pública deve ser repensado em termos mais liberais, pois não passa de um rematado absurdo não conhecer-se da alegação de coisa julgada ou da argüição de incompetência absoluta, da supressão de instância e outras questões do mesmo peso e relevo.

Em matéria de recurso de cassação, a doutrina estrangeira, sem maiores preocupações com óbice do prequestionamento, esclarece, de acordo com a lição de VESCOVI: "El recurso de casación em todos los sistemas está sometido a estrictas reglas formales, especialmente en lo que se refiere a los requisitos para la interposición del recurso. Existen una serie de requisitos de tiempo (plazo), de lugar y de modo. En este caso, fuera del escrito, se exige, como contenido, que se invoquen las causales de casación — que no podrán ser sustituidas por el tribunal — y la mención de las normas del Derecho violadas"(15). Óbvio que se o tribunal de origem não tiver cogitado da aplicação de tais normas não poderão elas serem mencionadas como violadas. E a propósito de aplicação de lei de ordem pública, diz o renomado autor uruguaio: "... la mayor parte de la doctrina ha admitido que la Corte puede declarar la casación por aplicación (o no aplicación) de una lei de ordem público, en cuyo caso no se considera necesaria la invocación por la parte. Esta solución, que consideramos dudosa porque confiere um poder de vigilangia fuera del pedido de la parte, ha sido admitida hasta por nuestra Corte, de criterio siempre tan restrictivo, al declarar una nulidad — no invocada — por violación de las normas de competencia (absoluta)"(16). Não

(15) Enrique Vescovi, obra citada, p. 279.

(16) Enrique Vescovi, obra citada, p. 283.

discordo do ilustre processualista. Fora do pedido não pode o tribunal pronunciar-se.

De tudo, parece-me que o prequestionamento não é indispensável em virtude dos princípios federativos, porém, muito mais, em razão da inaplicabilidade em grau de recurso especial da parêmia *jura novit curia* e da proibição de inovação, da vedação à questão nova, própria do processo por força do princípio da eventualidade, ou seja, da preclusão por fases (arts. 300 e outros do C.P.C.).

Para uma melhor compreensão do tema, que se estude tanto THOMAS COOLEY como PIERO CALAMANDREI, a fim de construir-se a verdadeira doutrina do recurso especial.

VI. *Procedimento*

Consoante palestras de eminentes colegas do Superior Tribunal de Justiça, Ministros COSTA LEITE, ILMAR GALVÃO e PÁDUA RIBEIRO sobre o recurso especial, das quais tenho cópias, enquanto não transformado em lei, projeto que tramita no Congresso Nacional, a solução que se impõe é a da sujeição do procedimento do recurso especial às regras do recurso extraordinário.

De lege ferenda, porque não há polêmica a respeito da questão, acrescento que o prazo do recurso em qualquer matéria, penal ou cível, será de 15 (quinze) dias, observada a regra geral de contagem de prazo.

Conterá a petição de recurso especial, de uma só assentada, de acordo com o substitutivo apresentado pelo relator, Deputado Sigmaringa Seixas, do DF: "I — exposição do fato e do direito; II — a demonstração do cabimento do recurso interposto; III — as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. Quando se cuidar de dissídio jurisprudencial, deve ser feita a prova de divergência, "mediante certidão, ou indicação do número e da página do jornal oficial, ou do repertório autorizado de jurisprudência", que houver publicado o acórdão paradigma.

A parte contrária terá igual prazo para responder ao recurso, findo o qual o Presidente ou outro membro, regimentalmente designado, do Tribunal admitirá ou não o recurso. Denegado o seguimento, caberá agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça, no prazo de 5 (cinco) dias.

O recurso especial será recebido, apenas, no efeito devolutivo.

O agravo atrás referido será instruído com as peças indicadas pelas partes e, obrigatoriamente, além das mencionadas no parágrafo único do art. 523 do Código de Processo Civil, com o acórdão recorrido, a petição de recurso especial e as contra-razões, se houver.

Distribuído o agravo de instrumento, o relator proferirá decisão negando seguimento e, desprovendo ou provendo o recurso. Nos primeiros casos, caberá agravo da decisão para a Turma competente; no último, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, o relator determinará, desde logo, sua inclusão em pauta, admitida a sustentação oral. Esta é uma das mais importantes inovações do recurso, já prevista no Regimento do Superior Tribunal de Justiça, publicado no último dia 7 do corrente mês de julho de 1989.

O recurso especial não terá revisão e o Ministério Público somente será ouvido nos casos previstos em lei ou quando o relator, em vista da transcendência da matéria, achar conveniente.

A decisão em recurso especial divergente de decisão proferida por outra turma, seção ou do órgão especial do S.T.J., é embargável. São estes os chamados embargos de divergência, instrumento bem mais fácil e maleável de uniformização de jurisprudência.

Admitir-se-á no especial o recurso adesivo, mercê de alteração que está sendo proposta no inciso II do art. 500 da lei processual civil, observado no mais o disposto no ordenamento pertinente.

O substitutivo contém outras importantes regras, tocante à simultânea interposição dos recursos especial e extraordinário e, ainda, dos embargos infringentes e dos mencionados recursos constitucionais, ficando, em princípio sobrestados, neste caso, os últimos, e devendo ser julgado, em primeiro lugar, o especial, quando o extraordinário não for prejudicial daquele. A prejudicialidade, salvo melhor juízo, ocorrerá sempre que o recurso extraordinário tiver por fundamento a inconstitucionalidade de lei aplicada na decisão do tribunal recorrido.

Esta é a minha visão superficial do atual tema, sem a mínima pretensão de esgotá-lo.